Die Rechtsstellung des Treuhänders im Falle der §§ 1187/9 B. G. B.

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
bei der Juristischen Fakultät der
Universität Leipzig eingereicht
von **Jakob Koppel,** Referendar
aus **Norden**

ACAD.
LIBR. BAT.
HORL

1909

Druck von AUGUST LAX in Hildesheim

Meinen lieben Schwestern!

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung: Geschichtliche Entwicklung . . . . . 7—11

I. Abschnitt.

§ 2. Die Bestellung des Treuhänders . . . . . 11—14

II. Abschnitt.

Die rechtliche Natur des Treuhänders.

§ 3. Vorbemerkung 14

1. Kapitel: Rechtsgrund seiner Stellung.

§ 4. Das Verhältnis des Treuhänders zum Eigentümer . . 14—16
§ 5. Das Verhältnis des Treuhänders zum Gläubiger. . . 16—19
§ 6. Der Bestellungsakt als Grundlage der Stellung des Treuhänders . . . . . 19—21

2. Kapitel: Stellung des Treuhänders nach außen.

§ 7. Im allgemeinen . . . . . 21—27
§ 8. Im Prozesse . . . . . 27—31

III. Abschnitt.

Rechte und Pflichten des Treuhänders.

1. Kapitel: Seine Rechte.

§ 9. Vorbemerkung. . . . . 31—33
§ 10. Befugnis zur Verfügung über die Hypothek . . . . 34—36
§ 11. Befugnis zur Geltendmachung der Hypothek . . . . 36—38

2. Kapitel: Pflichten des Treuhänders.

§ 12. Pflichten gegenüber dem Gläubiger . . . . . 38—42
§ 13. Pflichten gegenüber dem Eigentümer . . . . . 42—43

IV. Abschnitt.

§ 14. Beendigung der Treuhänderschaft. . . . . 44—48

Literatur-Verzeichnis.

I. Lehrbücher.

Cosack: Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 2. Aufl.

Derselbe: Lehrbuch des Handelsrechts 6. Aufl.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. III.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht, Bd. III, 4. Aufl.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 8.—9. Aufl.

Gierke: Deutsches Privatrecht, Bd. II.

Kuhlenbeck: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. II, 2. Aufl.

II. Andere systematische Abhandlungen.

Böckel: Die Sicherungshypothek. Diss. Jena.

Gunz: Die rechtliche Natur des Treuhänders im Hypothekenbankgesetz.

Hachenburg: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Vorträge.

Derselbe: Beiträge zum Hypotheken- und Grundbuchrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (2. Lesung).

Heilbrunn: Die Entwicklung des Treuhandgedankens im neueren deutschen Recht, in Holdheims Monatsschr. für Handelsrecht und Bankwesen. 18. Jahrg. 1906.

Hupka: Die Vollmacht.

Jacobi: Die Wertpapiere im Bürgerlichen Recht des Deutschen Reiches.

Manasse: Die Besonderheiten der Wertpapierhypotheken. Diss. Erlangen.

Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht 3. Aufl.

Ramdohr: Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelhafter menschlicher Erkenntnisfähigkeit im B. G. B. in Gruchots Beitr. 44. Jahrg.

Riesser: Zur Kritik der Gesetzentwürfe betreffend das Hypothekenbankgesetz usw. im 47. Bd. der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Anhang.

Riezler: Konkurrierendes und kollidierendes Handeln des Vertreters und des Vertretenen im Archiv für zivile Praxis, Bd. 98.

Ritter: Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts.
Schott: Das Armenrecht der Deutschen Zivilprozeßordnung.
Rosendorff: Die Treuhandgesellschaften und ihre Funktionen in den Jahrbüchern für Nationalökonomie und Statistik, Bd. 86.
Schulze: Der Treuhänder im geltenden bürgerlichen Rechte.

III. Kommentare.

Biermann: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches 2. Aufl.
Boehm: Reichsgrundbuchrecht.
Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch 5. Aufl.
Fuchs: Grundbuchrecht Bd. I: Materielles Grundbuchrecht.
Fuchs-Arnheim: Grundbuchrecht Bd. II: Formelles Grundbuchrecht.
Gaupp-Stein: Zivilprozeßordnung 8./9. Aufl.
Göppert: Das Gesetz betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen vom 4. Dezbr. 1899.
Derselbe: Hypothekenbankgesetz.
Henle: Das bayerische Gesetz über die Inhaberpapiere vom 18. März 1896.
Kretzschmar: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches.
Neumann: Handausgabe des Bürgerl. Gesetzbuches 4. Aufl.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch 6. Aufl.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch 3. Aufl.
Predari: Grundbuchordnung.
Staudinger-Kober: Kommentar zum B. G. B., Bd. III, 3./4. Aufl.
Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht 3. Aufl.

IV. Spruchsammlungen. Sonstiges.

Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 18, 22, 31.
Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts, Bd. XXII u. XXX.
Juristische Wochenschrift Jahrgänge 1896 u. 1906.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. III.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. III.

§ 1.

Einleitung.

Geschichtliche Entwicklung.

Bereits lange Zeit vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches hatte sich bei Anleihen größerer Institute, namentlich von Großindustriellen, die mittels Ausgabe von Schuldverschreibungen auf den Inhaber oder kaufmännischen Verpflichtungsscheinen aufgenommen werden, das Bedürfnis nach einer hypothekarischen Sicherung herausgestellt.[1]) Es hatte sich gezeigt, daß nur auf dieser Grundlage ein höherer Preis für die Papiere zu erzielen war. Indes standen der Ausführung einer solchen hypothekarischen Sicherung verschiedene Schwierigkeiten im Wege. Einmal verlangten die Gesetze, daß die Hypothek auf den Namen eines bestimmten Gläubigers eingetragen werde (z. B. § 23 des preuß. E. E. G.).[2]) Bei den Inhaberpapieren konnte also schon aus diesem Grunde eine hypothekarische Sicherstellung nicht erfolgen.[3]) Bei den kaufmännischen Verpflichtungsscheinen bestand nun zwar dieses Hindernis nicht. Diese Papiere bezeichnen ja stets wenigstens den ersten Gläubiger. Es stand also nichts entgegen, daß auf dessen Namen eine Hypothek oder Grundschuld eingetragen werde. Grundschuldbriefe konnten auch nach § 55 des preuss. E. E. G. in Blanko abgetreten werden. Aber ein Nebeneinanderhergehen des Verpflichtungsscheines und der dinglichen Sicherung genügte dem

---

[1]) Vgl. Prot. III S. 668.
[2]) Über die übrigen Landesgesetze vgl. Mot. Bd. III S. 636.
[3]) Vgl. R. G. Bd. 18 S. 346 ff.

Bedürfnisse der Praxis, welches eine rasche, möglichst wenig verwickelte Zirkulationsfähigkeit der Obligation verlangt, nicht. Man wünschte die direkte Verbindung des einzelnen Papiers mit einer Hypothek oder Grundschuld. Dies zeigte sich jedoch nach dem Stande der Rechtssprechung als nicht angängig. Die Obligation konnte die für sie bestellte Sicherheit nicht verkörpern.[1]) Da half sich die Praxis unter Billigung seitens der Rechtssprechung mit dem Institut der sog. Treuhänderschaft und zwar regelmäßig in folgender Weise:[2]) Der Schuldner stellte an die Order der die Anleihe emittierenden Bank Teilverpflichtungsscheine aus. Zur Sicherung der Anleihe ließ er zu Gunsten der Bank eine Kautionshypothek eintragen. Gleichzeitig wurde die Bank als „Treuhänder" bestellt mit der Anleihebedingung, daß sie mit „unwiderruflicher" Vollmacht die jeweiligen Gläubiger der Teilschuldscheine hinsichtlich der Hypothek vertrete. Sie hatte, wie die Protokolle hervorhehen,[3]) „namentlich alle grundbuchmäßigen Erklärungen in Ansehung der Hypothek abzugeben, insbesondere Trennstücke aus der Pfandhaft zu entlassen und Löschungen zu bewilligen." Formell blieb die Bank alleinige Inhaberin der Hypothek, aber materiell ging mit der Übertragung jedes Teilscheines ein entsprechender Anteil an der Hypothek auf den Erwerber über. So hatte man durch das Institut der Treuhänderschaft die Möglichkeit einer dem Verkehrsbedürfnisse entsprechenden dinglichen Sicherung der Obligation geschaffen. Aber man hatte hierdurch noch mehr erreicht. Jetzt brauchte der Eigentümer hinsichtlich der Hypothek nur mit einer einzigen Person zu verhandeln, eben dem Treuhänder. Und das war von der größten Bedeutung. Ohne eine solche Mittelsperson erwachsen dem

[1]) Vgl. R. G. Bd. 14 S. 98.
[2]) Vgl. Prot. S. 668, Hachenburg, Beitr. S. 147 ff.; R. G. Bd. 31 S. 90 ff.; R. G. in I. W. 1896 S. 20 Nr. 77.
[3]) Prot. III S. 668.

Eigentümer in Ansehung der Verfügungen über die Hypothek die größten Schwierigkeiten. Er kennt ja seine Gläubiger nicht; das in Blanko indossierte Papier wandert von Hand zu Hand. Aber selbst wenn er seine Gläubiger kennen würde, so sind doch diese meist nicht grundbuchmäßig legitimiert.[1]) In nicht geringerem Maße sind die Gläubiger selbst an der Bestellung eines Treuhänders interessiert. Sie kennen ihre Mitgläubiger nicht und können daher auch nicht mit ihnen über die Wahrung ihrer Interessen an der Hypothek Vereinbarungen treffen.

Dieses Verfahren war nun freilich nur für Kaufleute gangbar. Denn nur diese können indossable Verpflichtungsscheine ausstellen (vgl. Art. 301 des alten H. G. B., § 363 Satz 2 H. G. B.). Es sahen sich deshalb einige Landesgesetze genötigt, wenigstens bezüglich der Schuldverschreibung auf den Inhaber die Möglichkeit einer direkten Verbindung des Papiers mit einer Hypothek zu schaffen (Baden durch Gesetz vom 12. April 1892, Bayern durch Gesetz vom 18. März 1896; vgl. auch das preuß. Gesetz betreffend das Pfandrecht an Privateisenbahnen und Kleinbahnen usw. vom 19. August 1895 in Verbindung mit E. G. z. B. G. B. Art. 112 und § 25 des Reichsgesetzes betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen vom 4. Dezember 1899).

Jetzt hat das B. G. B., noch weit über diese Landesgesetze hinausgehend, in den §§ 1187 und 1188 ganz allgemein für Forderungen aus Inhaberpapieren sowohl als auch für Forderungen aus Wechseln und anderen indossablen Papieren die direkte Verbindung mit einer Sicherungshypothek zugelassen. Danach genügt zur Bestellung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß er die Hypothek bestelle, und die Eintragung in das Grundbuch

[1]) Näheres hierüber siehe unten S. 12/13.

(§ 1188 Abs. 1). Von dem Grundsatze, daß eine bestimmte Person als Gläubiger einzutragen ist, ist hier also eine Ausnahme zugelassen. Und im § 1187 heißt es, daß zur Abtretung der Hypothek die sonst bei der Abtretung von Sicherungshypotheken vorgeschriebene Einigung und Eintragung nicht erforderlich ist. Die Berechtigung aus der Hypothek wird ganz allein durch die Schuldurkunde verkörpert und folgt deren Schicksal.

Jetzt bedarf es also nicht mehr des Instituts der Treuhänderschaft, um überhaupt eine dem Verkehrsbedürfnisse entsprechende dingliche Sicherung der Forderungspapiere zu ermöglichen. Damit ist aber dieses Institut nicht überflüssig geworden. Wir haben gesehen, daß es noch eine andere Aufgabe erfüllte, daß es hinsichtlich der Hypothek die Verbindung zwischen den Gläubigern und dem Eigentümer herstellte. Eine solche Verbindung ist aus den früher dargelegten Gründen heute noch ebenso notwendig wie früher. Dieser Notwendigkeit hat das B. G. B. durch den § 1189 Rechnung getragen, in welchem es heißt:

> „Bei einer Hypothek der im § 1187 bezeichneten Art" — d. h. also bei der zur Sicherung einer Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder einem Orderpapier bestellten Hypothek[1]) (Inhaber- und Orderhypotheken) — „kann für den jeweiligen Gläubiger ein Vertreter mit der Befugnis bestellt werden, mit Wirkung für und gegen jeden späteren Gläubiger bestimmte Verfügungen über die Hypothek zu treffen und den Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek zu vertreten. Zur Bestellung des Vertreters ist die Eintragung in das Grundbuch erforderlich.
>
> Ist der Eigentümer berechtigt, von dem Gläubiger eine Verfügung zu verlangen, zu welcher der Ver-

[1]) Auch wenn ein Schiffspfandrecht als Sicherheit bestellt ist: § 1270 R. G. B.

treter befugt ist, so kann er die Vornahme der Verfügung von dem Vertreter verlangen."

Der Rechtsstellung dieses „Vertreters für den jeweiligen Gläubiger", den wir in Übereinstimmung mit der Literatur Treuhänder nennen wollen,[1]) gilt die nachfolgende Abhandlung.

I. Abschnitt.

§ 2.

Die Bestellung des Treuhänders.

Bei dieser Untersuchung der Rechtsstellung des Treuhänders ist naturgemäß zunächst die Art und Weise seiner Bestellung ins Auge zu fassen, umsomehr, als die Prüfung dieser Frage von größter Bedeutung für die Erkenntnis des Wesens der Treuhänderschaft ist.

Das Gesetz selbst nun bestimmt über die Art der Bestellung nur, daß zu ihr die Eintragung in das Grundbuch erforderlich sei. Es schweigt darüber, wer die Bestellung vorzunehmen hat, ob der Eigentümer oder die Gläubiger oder etwa beide zusammen. Der Wille des Gesetzes tritt aber trotzdem klar genug zu Tage. Indem es die Eintragung in das Grundbuch zur Voraussetzung der Wirksamkeit der Bestellung macht, gibt es zu erkennen, daß die Bestellung ein dingliches Rechtsgeschäft ist.[2]) Daraus folgt, daß die Vorschriften, die allgemein bei Grundstücken für die Schaffung dinglicher Rechtsverhältnisse gelten, auch für die Bestellung des Treuhänders Anwendung zu finden haben (§ 873 B. G. B.), aber naturgemäß mit der für die Begründung von Inhaber- und Orderhypotheken geltenden Maßgabe. Denn zu deren Inhalt gehört die Treuhänderschaft.[3]) Sonach bedarf es

[1]) Er führt auch die Namen „Pfandhalter" (vgl. Staudinger zu § 1189) und „Grundbuchvertreter" (vgl. z. B. Endemann S. 873).

[2]) Vgl. Staudinger Anm. IV, 3a zu § 1189.

[3]) So übereinstimmend die Literatur. — Hachenburg, Beitr. Blatt 157/158 rügt das Schweigen des Gesetzgebers, aber, wie dargelegt, mit Unrecht.

bei der Orderhypothek zur Bestellung des Treuhänders außer der Eintragung[1]) der Einigung zwischen dem Eigentümer und dem ersten Gläubiger. Formell ist nur die Eintragungsbewilligung des Eigentümers erforderlich. Bei der Inhaberhypothek genügt schon materiell die einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß er die Hypothek bestelle (§ 1188 Abs. 1 B. G. B.). Alles dieses gilt aber nur, wenn die Bestellung zugleich mit der Begründung der Hypothek erfolgt. Soll sie nachträglich vorgenommen werden, so handelt es sich, da, wie gesagt, die Treuhänderschaft zum Inhalt der Hypothek gehört, um eine Änderung des Inhalts derselben. Dann ist also sowohl bei Order- als auch bei Inhaberhypotheken außer der Eintragung der Veränderung die Zustimmung sämtlicher Gläubiger erforderlich (§ 877 B. G. B.). Freilich ist eine solche Zustimmung der Gläubiger, wenn überhaupt, so doch nur mit großer Schwierigkeit herbeizuführen, und noch schwieriger ist ein grundbuchmäßiger Nachweis dieser Zustimmung. Gerade diese Schwierigkeit einer grundbuchmäßigen Legitimation der Gläubiger war ja, wie wir gesehen haben, einer der Gründe, die zur Schaffung der Treuhänderschaft geführt haben. Diese Schwierigkeit liegt einmal darin, daß nach § 40 Abs. 1 G. B. O. eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Bei den Orderpapieren ist nun aber nur der erste Gläubiger als der Berechtigte eingetragen und dieser hat, ebenso wie seine Rechtsnachfolger, das Papier durch ein unbeglaubigtes Indossament weiter übertragen. Jeder Gläubiger müßte also, um sich legitimieren zu können, jeden einzelnen Übergang des Papiers bis zurück auf den ersten Gläu-

[1]) Über den Eintragungsvermerk vgl. die verschiedenen Ansichten bei Fuchs S. 613 Nr. 26, Planck Anm. 5 zu § 1189. M. E. muß der Name und die Bestellung im Grundbuch selbst vermerkt werden. Dafür spricht der Wortlaut des § 1189 B. G. B.; ebenso Oberneck S. 975. Anm. 23.

biger durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachweisen (§ 29 G. B. O.).[1]) Daß das praktisch unmöglich ist, leuchtet ohne weiteres ein. Bei den Inhaberhypotheken lautet nun zwar die Eintragung auf den Inhaber des Papiers. Da aber das Papier keine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde ist,[2]) wird der Grundbuchrichter verlangen können[3]) und müssen,[4]) daß der Gläubiger sein Verfügungsrecht durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachweist. Sonach wird eine nachträgliche Bestellung des Treuhänders regelmäßig nur möglich sein, wenn die Papiere noch nicht in Umlauf gebracht sind oder wenn ein Vertreter gemäß § 14 des Schuldverschreibungsgesetzes vorhanden ist und dieser durch ordnungsmäßigen Beschluß der Generalversammlung zur Mitwirkung bei der Bestellung eines Treuhänders ermächtigt ist. Daß auch dieser Vertreter selber zum Treuhänder bestellt werden kann, wird später noch eingehender erwähnt werden.

Sind die genannten Voraussetzungen für die Bestellung des Treuhänders erfüllt, dann ist die Treuhänderschaft geschaffen. Einer Einigung des Bestellers mit dem Treuhänder bedarf es nicht. Nur Cosack[5]) bestreitet das bei seiner Besprechung der Inhaberhypothek. Er meint, zur Bestellung sei, wenn sie bei der Begründung der Hypothek erfolge, ein dinglicher Vertrag zwischen dem Eigentümer und dem Treuhänder erforderlich, erfolge die Bestellung nachträglich, so sei außerdem die Zustimmung der Gläubiger erforderlich. Er ist also offenbar der Ansicht, daß dem Treuhänder durch die Bestellung ein Recht an der Hypothek zugeführt werde und daß deshalb den allgemeinen Regeln entsprechend eine „Einigung“ mit ihm

[1]) Ebenso Planck Anm. 3c zu § 1187, Biermann Anm. 3 zu § 1187; abweichend Fuchs Anm. 29a zu § 1187/89.
[2]) S. aber S. 17 Anm. 2.
[3]) Vgl. Planck Anm. 3c. Abweichend Fuchs Anm. 29 zu § 1189.
[4]) Vgl. Biermann Anm. 3 zu § 1189.
[5]) Cosack Bd. II, § 266, I 3a.

erforderlich sei. Aber es ist nicht richtig, daß der Treuhänder ein Recht an der Hypothek erlangt. Das läßt sich freilich nur durch eine eingehende Betrachtung der rechtlichen Natur der Treuhänderschaft nachweisen.

2. Abschnitt.

Die rechtliche Natur des Treuhänders.

§ 3.

Vorbemerkung.

Über die rechtliche Konstruktion der Treuhänderschaft gehen die Meinungen der Schriftsteller weit auseinander. Schon bei der Beratung des zweiten Entwurfs — dem ersten Entwurf war die Treuhänderschaft fremd — traten die Meinungsverschiedenheiten hervor.[1]) Man entschied sich schließlich dahin, daß „eine Entscheidung der Frage nach der juristischen Natur des Verhältnisses im Gesetze nicht zu geben sei." Hier hat also die rechtswissenschaftliche Untersuchung einzusetzen. Diese Untersuchung kann m. E. nur dann zum Ziele führen, wenn zunächst der Rechtsgrund, auf dem die Stellung des Treuhänders beruht, zu erforschen versucht wird, und erst dann auf die Stellung des Treuhänders nach außen eingegangen wird. Dieses Erfordernis ist in der Literatur nicht überall genügend berücksichtigt.

1. Kapitel.

Rechtsgrund der Stellung des Treuhänders.

Eine Untersuchung des Rechtsgrundes der Stellung des Treuhänders wird naturgemäß zunächst dessen Verhältnis zu den Personen zu prüfen haben, mit denen er in Beziehung tritt, d. h. also dem Eigentümer und den Gläubigern.

[1]) Vgl. Prot. III S. 674.

§ 4.

Das Verhältnis des Treuhänders zum Eigentümer.

Am nächsten liegt es, den Rechtsgrund seiner Stellung in seinem Verhältnis zum Eigentümer zu suchen. Denn diesem liegt, wie wir gesehen haben, die Vornahme des Bestellungsaktes in erster Linie ob. Dieser wird daher auch in der Regel derjenige sein, der eine geeignete Person zur Übernahme der Treuhänderschaft veranlaßt. Meistens wird dies, ebenso wie früher, das die Anleihe emittierende Bankhaus sein.[1]) Aus diesen Erwägungen heraus ist bei der Beratung des zweiten Entwurfs die Ansicht laut geworden, der Treuhänder sei „im wesentlichen" als Beauftragter des Eigentümers anzusehen, derselbe fungiere aber gleichzeitig als Vertreter der Inhaber der einzelnen Schuldverschreibungen.[2]) Mit Recht ist indes diese Ansicht von der Mehrheit der Kommission zurückgewiesen worden. Gewiß kann zwischen dem Eigentümer und dem Treuhänder ein Auftragsverhältnis bestehen. Es wird sogar, wie oben bereits erwähnt ist, der regelmäßige Hergang der sein, daß der Eigentümer der von ihm ausgewählten Person den Auftrag zur Übernahme und Durchführung der Treuhänderschaft erteilt. Keineswegs beruht jedoch die Stellung des Treuhänders auf diesem Auftragsverhältnisse und einer zur Durchführung des Auftrages seitens des Eigentümers erteilten Vollmacht. Denn wäre der Treuhänder Beauftragter des Eigentümers, so müßte er dessen Weisungen Folge leisten. Nichts weniger als das ist jedoch der Fall. Er soll doch gerade gegen den Eigentümer die Interessen der Gläubiger wahrnehmen. Sodann ist jederzeitliche Widerruflichkeit dem Auftrage wesentlich (§ 671

---

[1]) Wenn es in § 1189 heißt, daß der Treuhänder „für den jeweiligen Gläubiger bestellt" wird, so geht daraus keineswegs hervor, daß Gläubiger und Vertreter zwei verschiedene Personen sein müssen. Ebenso Kammergericht in Jahrb. XXX A S. 286. Ebenso Hachenburg S. 158. Planck Anm. 4 zu § 1189. Abweichend Staudinger Anm. IV, 2.

[2]) Vgl. Prot. S. 675.

B. G. B.). Wie wir aber sehen werden, kann der Eigentümer die Bestellung nicht mehr widerrufen, sobald die Eintragung in das Grundbuch erfolgt ist und bei den Inhaberpapieren außerdem mit der Emission begonnen ist. Endlich vor allem: der Treuhänder ist „Vertreter" der Gläubiger und nicht des Eigentümers. Es könnte sonach höchstens eine Vollmacht der Gläubiger, nie aber eine solche des Eigentümers die Stellung des Treuhänders schaffen.

Hierdurch dürfte erwiesen sein, daß das Verhältnis des Treuhänders zum Eigentümer — das übrigens nicht bloß Auftrag, sondern ebensogut auch z. B. Darlehn oder Gesellschaft sein kann —[1]) höchstens Anlaß zur Übernahme der Treuhänderschaft sein kann, nicht Grundlage der Treuhänderschaft.

§ 5.

Das Verhältnis des Treuhänders zu den Gläubigern.

Am nächsten steht zweifellos der Treuhänder den Gläubigern. Denn er ist deren „Vertreter". Gleichwohl ist, wie wir sehen werden, in seinem Verhältnis zu diesem ebensowenig der Rechtsgrund seiner Stellung zu erblicken, wie in seinem Verhältnis zum Eigentümer.

Nur Fuchs vertritt die gegenteilige Ansicht.[2]) Er meint, der Treuhänder sei der Bevollmächtigte des Gläubigers; zwar werde er bei der Inhaberhypothek einseitig vom Eigentümer bestellt, aber „immer beruhe die Vertretung im letzten Grunde auf dem Willen des Gläubigers, der durch die Entgegennahme der Inhaberhypothek die seitens des Eigentümers erfolgte Bestellung als für sich verbindlich genehmige." Diese Ausführungen sind aus mehrfachen Gründen zurückzuweisen. Zunächst ist — wenigstens bei Inhaberhypotheken — der Fall denkbar, daß eine wirksame Bestellung erfolgt, ohne daß der Gläubiger hiervon

[1]) Vgl. Hachenburg, Beträge S. 169, Cosack, Handelsr. § 66 II.
[2]) Fuchs S. 612 Anm. 20.

etwas erfährt, nämlich dann, wenn die Bestellung des Treuhänders aus irgend einem Grunde nicht auf dem Papier vermerkt ist, oder auch dann, wenn das Papier bei der Begebung überhaupt noch nicht mit einer Hypothek verbunden war, der Eigentümer vielmehr erst nachträglich eine Hypothek[1]) und gleichzeitig einen Treuhänder bestellt hat. Hierzu bedarf es ja bei einem Inhaberpapier keiner Mitwirkung der Gläubiger. Man berufe sich hiergegen nicht auf § 44 Abs. 1 G. B. O., wonach jede Eintragung in Ansehung der Hypothek auf dem vorher vorzulegenden Inhaber bez. Orderpapier zu vermerken ist. Denn diese Vorschrift setzt voraus, daß die Eintragung der Hypothek bereits erfolgt ist und erst nachträglich in Ansehung derselben eine Änderung vorgenommen werden soll. Sie bestimmt nicht, daß schon bei Eintragung der Hypothek die Urkunden vorzulegen sind. Das nimmt auch Fuchs in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung an.[2]) Es sind also Fälle möglich, in denen der Gläubiger von der Bestellung des Treuhänders überhaupt nichts weiß. Daß er dann auch nicht die Bestellung genehmigen kann, ist selbstverständlich.

Fällt schon hiermit die Ansicht von Fuchs in sich zusammen, so ist weiterhin auch für den Fall, daß die Bestellung tatsächlich auf dem Papier vermerkt ist, die Annahme zurückzuweisen, daß der Gläubiger durch die Entgegennahme des Papiers eine Genehmigung der Bestellung zum Ausdruck bringe. Gewiß kann das unter Um-

[1]) Vgl. hierüber Fuchs S. 606 Anm. 4.

[2]) Vgl. Fuchs-Arnheim Anm. 4 zu § 44 G. B. O. — Deswegen geht auch die Ansicht Turnau-Försters (S. 1002), daß bei der Inhaberhypothek der Gläubiger durch den bei der ersten Eintragung vom Grundbuchamte auf das Papier gesetzten Vermerk grundbuchmäßig legitimiert werde, in dieser Allgemeinheit fehl. Vorgeschrieben ist ein solcher Vermerk eben nur dann, wenn nachträglich in Ansehung der Hypothek eine Änderung vorgenommen werden soll. Gierke (S. 904 Anm. 30) vertritt die Ansicht Turnau-Försters sogar hinsichtlich der Orderhypotheken. Er übersieht dabei, daß aus dem Vermerk des Grundbuchamtes niemals die Echtheit dnr Indossamente gefolgert werden kann.

ständen der Fall sein. Beispielsweise wird man vielleicht bei einer Orderhypothek in der Entgegennahme des Papiers seitens des ersten Gläubigers eine Genehmigung der Bestellung erblicken können.[1]) Denn dieser pflegt stets engere Geschäftsbeziehungen zu dem Schuldner zu unterhalten. In anderen Fällen ist aber die Annahme einer Genehmigung, um mit Hachenburg zu reden, „lediglich die Fiktion einer in Wirklichkeit nicht vorhandenen Willenserklärung".[2])

Aber zugegeben, daß unter Umständen in der Entgegennahme des Papiers seitens des Gläubigers eine Genehmigung der Bestellung zum Ausdruck gelangen kann, so ist doch endlich drittens die hieraus von Fuchs gezogene Schlußfolgerung zu bekämpfen, der Treuhänder sei der Bevollmächtigte des Gläubigers, auf dessen Vollmacht beruhe seine Vertretungsmacht. Denn, wenn richtig ist, daß der Gläubiger durch die Entgegennahme des Papiers eine Genehmigung der Bestellung zum Ausdruck bringt, so kann logischerweise nur diese Bestellung als die Grundlage der Treuhänderschaft angesehen werden. Denn nur die Rechtshandlung, die durch die Genehmigung wirksam werden soll, lebt weiter und kann die Grundlage für weitere Rechtsverhältnisse bilden, nicht die Genehmigung selbst. Die ist in dem genehmigten Akte aufgegangen. Fuchs setzt sich denn auch schließlich mit sich selbst in Widerspruch, indem er an einer anderen Stelle seiner Erläuterungen zu §§ 1187/89 ausführt, der Treuhänder habe den Gläubiger nicht „auf Grund einer einseitigen Vollmacht des Gläubigers, sondern auf Grund des dinglichen Hypothekenbestellungsvertrages selbst zu vertreten".[3]) Oder sollte er vielleicht diesmal das Wort „Vollmacht" gleich „Auftrag" gebrauchen und zum Ausdruck

[1]) Vgl. Turnau-Förster S. 1009 unten.

[2]) Vgl. Hachenburg, Beitr. S. 167 unten. Über die Streitfrage, ob bei der Treuhänderschaft des früheren Rechts die „unwiderrufliche Vollmacht" wirklich als eine Vollmacht anzusehen ist, vgl. Prot. III S. 670. M. E. ist die Frage zu verneinen.

[3]) Anm. 22.

bringen wollen, daß der Treuhänder zwar wohl Bevollmächtigter, aber nicht Beauftragter der Gläubiger sei?

Dies führt uns zu einer näheren Prüfung der Fragen, wie denn überhaupt ein Vertragsverhältnis zwischen Treuhänder und Gläubiger möglich ist, und ob in einem solchen Vertragsverhältnis die Treuhänderschaft gründet.

Einmal kann jedenfalls ein Vertragsverhältnis zwischen Treuhänder und Gläubiger in der Weise begründet werden, daß ersterer in dem Papiere den Gläubigern bezüglich der Führung der Treuhänderschaft irgend welche Versprechungen macht. Das würde ein bindendes Vertragsangebot gegenüber jedem Gläubiger darstellen. Daß die Stellung des Treuhänders nicht auf einem solchen Vertrage beruht, bedarf keiner weiteren Auseinandersetzung. Er ist ja bereits vor Abschluß dieses Vertrages Treuhänder geworden.

Am leichtesten ist natürlich dann die Schaffung eines Vertragsverhältnisses zwischen Gläubiger und Treuhänder möglich, wenn überhaupt nur ein einziges Papier ausgegeben ist, oder wenn sämtliche Papiere in einer Hand sind oder wenn die Gläubiger in Gemäßheit des Schuldverschreibungsgesetzes einen Verband bilden. In diesen Fällen wird es auch vorkommen, daß überhaupt erst die Anregung zur Bestellung eines Treuhänders von seiten der Gläubiger ausgeht und diese eine geeignete Person mit der Übernahme und Durchführung der Treuhänderschaft beauftragen. Indes ist ein solcher Auftrag ebensowenig Grundlage der Stellung des Treuhänders, wie dies bei einem Auftragsverhältnisse zwischen Eigentümer und Treuhänder der Fall ist. Denn weder kann der Gläubiger den Treuhänder einseitig abrufen, noch braucht dieser, wie wir sehen werden, den Weisungen des Gläubigers Folge zu leisten.

§ 6.

Der Bestellungsakt als Grundlage der Treuhänderschaft.

Es dürfte hiernach erwiesen sein, daß weder in dem Verhältnis des Treuhänders zum Eigentümer noch in seinem

Verhältnis zum Gläubiger die Grundlage seiner Stellung gefunden werden kann. Es bleibt nur übrig, den Rechtsgrund der Treuhänderschaft in dem Bestellungsakt zu erblicken. Das nehmen denn auch außer Fuchs sämtliche Schriftsteller an, freilich mit verschiedener Begründung und weit auseinandergehenden Folgerungen.

Wir gehen also davon aus, daß der Bestellungsakt sozusagen die „Vollmacht" des Treuhänders bildet. Freilich eine Vollmacht besonderer Art. Die ist nicht, wie regelmäßig sonst, die Außenseite irgend einer Beziehung zwischen Personen, sondern gewissermaßen ein immaterielles Zubehörstück der Hypothek. Deren Nutzen soll sie dienen. Durch die auf sie beruhende Treuhänderschaft soll die Hypothek gefügiger, ja — für manche Fälle wenigstens — erst lebensfähig gemacht werden. Ohne sie würden, wie wir bereits in der Einleitung gesehen haben, Rechtshandlungen, die in Ansehung der Hypothek notwendig werden, in der Regel unmöglich sein. So nützt der Treuhänder, indem er die Verkehrsfähigkeit der Hypothek hebt, ja erst schafft, nicht bloß den Interessen des Gläubigers, sondern auch denen des Eigentümers, die ja beide ein gleich großes Interesse an einem möglichst hohen Wert der Hypothek haben.

Ist somit die Treuhänderschaft auch im Interesse des Eigentümers geschaffen, — eine Tatsache, die, wie unten noch näher auszuführen sein wird, im § 1189 Abs. 2 ausdrücklich zum Ausdruck gelangt —, so folgt daraus, daß er über den Parteien steht, daß er grundsätzlich den Weisungen der einen oder der anderen Partei nicht zu folgen braucht.[1]) Selbst gegen ihren Willen kann er innerhalb des Rahmens der ihm übertragenen Befugnisse handeln. Denn es ist klar, daß er nur so seiner Stellung gerecht werden kann. Wenn daher Hachenburg und andere Schriftsteller den Treuhänder einen Vertreter aus

[1]) Vgl. z. B. Planck Anm. 2 zu § 1189; Hachenburg, Beitr. S. 169; Oberneck S. 973; Henle S. 151.

eigenem Rechte nennen, so ist dagegen nichts einzuwenden.[1]) Seine Stellung beruht eben nicht auf einem Rechtsverhältnisse zum Eigentümer oder Gläubiger, sondern auf der Bestellung, die, einmal geschaffen, unabhängig von dem Willen des Bestellers als Beigabe der Hypothek fortbesteht. Jeder Gläubiger erhält die Hypothek mit dieser Beigabe, die er nicht von sich abwälzen kann. So erklärt es sich denn auch, daß ein Wechsel der Gläubiger auf die Stellung des Treuhänders ohne Einfluß ist, daß er, wie das Gesetz sagt, „Vertreter für den jeweiligen Gläubiger ist" und daß seine Handlungen „für und gegen jeden späteren Gläubiger" wirken.[2])

Freilich die Annahme, daß der Treuhänder Vertreter aus eigenem Rechte sei, ist nicht dahin zu verstehen, daß ihm ein Recht an der Hypothek selbst zustehe.[3]) Nur auf die vertretungsmäßige Ausübung der aus dem Hypothekenrechte fließenden Befugnisse, soweit sie ihm durch den Bestellungsakt übertragen sind, erstreckt sich sein Eigenrecht.[4]) Subjekte des Hypothekenrechts sind die Gläubiger, er ist ihr Vertreter. Das soll im folgenden Kapitel des Näheren bewiesen werden.

2. Kapitel.

Stellung des Treuhänders nach außen.

§ 7.

Im allgemeinen.

Schon der Wortlaut des § 1189 besagt, daß der Treuhänder Vertreter ist.[5]) Und zwar ist er Vertreter im Rechtssinne (im Sinne des § 164 Abs. 1 B. G. B.). Denn einmal wirkt sein Handeln, wie es im § 1189 heißt,

---

[1]) Vgl. Hachenburg, Beitr. S. 168 ff. Ebenso u. a. Oberneck S. 973, Gierke S. 904, Staudinger Anm. 6 zu § 1189, Turnau-Förster S. 1011 Anm. 3.

[2]) Ebenso Endemann S. 876 Anm. 42.

[3]) Abweichend Endemann S. 876 Anm. 240.

[4]) Vgl. Hachenburg S. 169, Gunz S. 69.

[5]) Ebenso Planck Anm. 2 zu § 1189.

„für und gegen jeden späteren Gläubiger", hat also „unmittelbare Wirkung für und gegen den Vertretenen" (§ 164 Abs. 1 B. G. B.). Sodann handelt er auch „im Namen der Gläubiger" (§ 164 Abs. 1 B. G. B. Ob er dies bei seinem Auftreten ausdrücklich hervorhebt, ist gleichgültig. Denn, wie Riezler mit Recht betont, ergibt sich aus den Umständen, daß er im Namen der Gläubiger handelt.[1]) Mag er sich „Vertreter" oder „Treuhänder" nennen, immer weiß der Gegner, daß er namens der Gläubiger handelt. Er kann sonach garnicht im eigenen Namen handeln. Wollte er auch seine Erklärungen ausdrücklich im eigenen Namen abgeben, so würde das an seiner Stellung nichts ändern. Auch das Reichsgericht vertritt diese Ansicht in einer Entscheidung vom 7. Februar 1906.[2]) Der Treuhänder ist auch insofern Vertreter im Rechtssinne, als er wirklich einen anderen Willen vertritt, nämlich den der Gläubiger. Er ist nicht, wie bei der Beratung des zweiten Entwurfs von einer Seite ausgeführt wurde, als Vorstand einer von der Gesamtheit der Gläubiger der Teilhypothekenforderungen gebildeten Rechtsgemeinschaft anzusehen.[3]) Wäre er das, so könnte man ihn in der Tat nicht als Vertreter im eigentlichen Sinne ansprechen, denn dann würde er keinen anderen Willen „vertreten", sondern vielmehr der Gemeinschaft, für die er handelt, überhaupt erst einen Willen verleihen.[4]) Die in der Kommissionsberatung vertretene Ansicht könnte also nur dann richtig sein, weun einmal die Gläubiger überhaupt in Ansehung der Hypothek eine Gemeinschaft bilden und wenn zweitens die Gemeinschaft von der Art ist, daß das Wollen des einzelnen überhaupt nicht in Betracht kommt, vielmehr die Gemeinschaft als

[1]) Vgl. Riezler S. 379.
[2]) In I. W. 1906 S. 200.
[3]) Prot S. 675. — Ganz abwegig Heilbrunn S. 93, der den Treuhänder als das Organ einer durch Gläubiger und Eigentümer gebildeten Gemeinschaft ansieht.
[4]) Vgl. Hachenburg, Beitr. S. 166, Schott S. 73.

solche Träger des Hypothekenrechts ist. Gewiß ist, wie Hachenburg zutreffend bemerkt,[1]) die Möglichkeit denkbar, daß durch entsprechende Emissionsbedingungen eine solche Gemeinschaft der Gläubiger geschaffen wird. Bei Anleihen, die noch unter der Geltung des früheren Rechts aufgenommen werden, findet sich sogar garnicht selten die Bedingung, daß die Erwerber der Papiere in bezug auf das zu ihrer Sicherheit bestellte Recht eine Gemeinschaft bilden. Die Rechtssprechung erkannte auch an, daß auf diese Weise eine Gemeinschaft der Gläubiger begründet werden könne.[2]) Bestehen aber solche Bedingungen nicht, so bilden die Gläubiger in Ansehung der Hypothek keine Gemeinschaft und erst recht nicht eine solche Gemeinschaft, bei der das Wollen des einzelnen in der Einheit aufgeht. Vielmehr ist die Hypothek, sofern sie nicht gar ungeteilt einem einzigen Gläubiger zusteht, real geteilt und jeder Gläubiger kann über den ihm zustehenden Teil verfügen.[3]) In der Kommissionsberatung ist es ausdrücklich abgelehnt, dem Treuhänder das alleinige Verfügungsrecht über die Hypothek zu geben.[4])

Die hier vertretene Ansicht, daß der Treuhänder als Vertreter im eigentlichen Sinne anzusehen sei, wird nicht von allen Schriftstellern geteilt. Die Gründe jedoch, die sie zu ihrer abweichenden Meinung veranlaßt haben, gehen, wie sich zeigen wird, sämtlich fehl.

Unzutreffend ist es einmal, wenn Riezler gegen den Gedanken der Vertretung ausführt, es sei „ein logisches Unding, daß jemand spätere Gläubiger, also Personen

---

[1]) Vgl. Hachenburg, Beitr. S. 166.
[2]) Vgl. die Entsch. d. R. G. in Bd. 22 S. 63 ff., Bd. 31 S. 93 ff.
[3]) Vgl. Planck Anm. 2 zu § 1189 und Fuchs Anm. 21 a. a. O.
[4]) Vgl. Prot. S. 676. Man beachte aber wohl den § 14 Abs. 2 S V. G., wonach durch Beschluß der Gläubigerversammlung die Befugnis der einzelnen Gläubiger zur selbständigen Geltendmachung ihrer Rechte soweit ausgeschlossen werden kann, als der Verbandsvertreter zur Geltendmachung dieser Rechte ermächtigt ist. Es steht nichts im Wege, daß dem Verbandsvertreter auch Befugnisse in Ansehung der Hypothek erteilt werden. Näheres hierüber s. S. 40.

vertrete, die zur Zeit in der Eigenschaft wenigstens, in welcher sie vertreten werden sollen, noch garnicht existieren.“ Aber der Treuhänder vertritt ja garnicht Personen, die noch nicht Gläubiger sind, sondern eben die „jeweiligen Gläubiger“. Daß sein Handeln auch „für und gegen jeden späteren Gläubiger“ wirkt, erklärt sich, wie wir oben gesehen haben, daraus, daß seine Stellung auf dem dinglichen Bestellungsakte beruht und dadurch zu einem Teil des Inhaltes der Hypothek geworden ist.

Verfehlt ist es auch, wenn gegen die Annahme einer Vertretung darauf hingewiesen wird, daß der Gläubiger neben dem Treuhänder handelnd auftreten kann.[1]) Weshalb dieser Umstand gegen das Wesen der Vertretung verstoßen soll, ist nicht einzusehen. Ist es doch gerade bei der häufigsten Form der Vertretung, nämlich der auf Vollmacht beruhenden, durchaus möglich, daß der Vertreter und der Vertretene gleichzeitig in derselben Angelegenheit tätig werden.[2])

Unzutreffend ist es ferner, wenn unter Hinweis darauf, daß bei den Inhaberhypotheken die Bestellung des Treuhänders allein von seiten des Eigentümers erfolgt, ausgeführt wird,[3]) es sei mit der Natur der Vertretung nicht vereinbar, daß der Vertreter von der Gegenpartei bestellt werde. Dieser Einwand wäre nur dann begründet, wenn der Treuhänder von den Weisungen des Eigentümers abhängig wäre. Das ist aber, wie wir gesehen haben, nicht der Fall. Ist er einmal bestellt, dann ist seine Stellung eine vollkommen selbständige, von dem Willen des Bestellers unabhängige.

Mit Unrecht nimmt man endlich Anstoß daran,[4]) daß der Treuhänder nicht bloß im Interesse der Gläubiger vorhanden ist, sondern auch dem Interesse des Eigentümers nützt, ja nützen muß (§ 1189 Abs. 2). Aber es kann

[1]) Vgl. Böckel S. 31.
[2]) Vgl. Riezler S. 382/84.
[3]) Vgl. Böckel S. 31.
[4]) Böckel S. 32.

gar keine Rede davon sein, daß deswegen seine Stellung gegenüber dem Eigentümer dieselbe ist, wie gegenüber dem Gläubiger. Indem das Gesetz bestimmt hat, daß er „Vertreter des jeweiligen Gläubigers“ sei, hat es deutlich genug zum Ausdruck gebracht, daß er in erster Linie der Gläubiger wegen da sei, im Interesse des Eigentümers aber nur insofern, als er diesem durch sein Dasein eine handlungsfähige Gegenpartei gibt. Er soll es ermöglichen, daß die in Ansehung der Hypothek notwendig werdenden Rechtshandlungen vorgenommen werden können. Indem er die Gläubiger vertritt, nützt er dem Eigentümer; letzterem dient er also nur indirekt.[1]) Aber es kann überhaupt nicht zugegeben werden, daß eine eigentliche Vertretung nur dann vorliegt, wenn der Vertreter im ausschließlichen Interesse des Vertretenen handelt. Nirgendwo geht das aus dem Gesetze hervor.[2]) Man berufe sich nicht auf § 181 B. G. B. Aus dieser Gesetzesbestimmung geht gerade im Gegenteil hervor, daß eine Vertretung zweier Parteien durch eine Person möglich ist.

Hiernach dürfte erwiesen sein, daß der Treuhänder im eigentlichen Sinne Vertreter des „jeweiligen Gläubigers“ ist. Damit sind diejenigen Schriftsteller widerlegt, die, wie z. B. Endemann (S. 875c), Gierke (S. 905), Jacobi (S. 345), Fischer-Henle (Anm. 1 zu § 1189) und Böckel (S. 32) meinen, der Treuhänder sei, um die Worte Jacobis zu gebrauchen, „Verfüger im eigenen Namen für fremde, der Gläubiger Rechnung, teils in deren, teils in des Schuldners Interesse.“ Gleichzeitig erledigen sich alle Konstruktionsversuche, die von der Auffassung der genannten Schriftsteller ausgehen. Unser Treuhänder hat also weder ein dem Zwangsverwalter[3]) oder Konkursverwalter[4]) oder

[1]) Ebenso Gunz S. 67.
[2]) Ebenso Riezler S. 379, Hupka S. 3 ff.; abweichend Fischer-Henle Vorbem. vor § 164, Schott S. 63 unten.
[3]) Vgl. Endemann S. 875 Anm. 41.
[4]) Vgl. Prot. S. 675.

Testamentsvollstrecker[1]) ähnliche Stellung, denn die sind ja alle, abgesehen von anderen Verschiedenheiten,[2]) nach der richtigen Ansicht[3]) nicht als Vertreter anzusehen. Noch ist denen beizupflichten, die meinen, daß sich das uns beschäftigende Rechtsinstitut ganz allgemein als ein Fall „deutscher Treuhänderschaft" bezeichnen lasse, wie dies u. a. Riezler,[4]) Böckel[5]) und Manasse[6]) tun. Hierauf im einzelnen einzugehen, erübrigt sich bei der hier vertretenen Ansicht von der rechtlichen Natur des gemäß § 1189 B. G. B. bestellten Vertreters. Nur sei zum Verständnis das Folgende erwähnt: die genannten Schriftsteller folgen in ihrer Auffassung von der „deutschen Treuhänderschaft", der von Alfred Schulze in seiner Abhandlung über „Treuhänder im geltenden bürgerlichen Rechte" begründeten Treuhändertheorie. Danach soll Treuhänder derjenige sein, der Eigenrechte mit der Bestimmung empfangen hat, sie nicht im eigenen Interesse zu gebrauchen. Hierbei sind dann im einzelnen drei Arten der Treuhänderschaft zu unterscheiden, nämlich Treuhänderschaft mit auflösend bedingtem, befristetem Vollrecht, Treuhänderschaft mit begrenztem Recht am fremden Gegenstande und Treuhänderschaft mit bloß obligatorischer Berechtigung begrenzten Inhalts. Natürlich könnte der gemäß § 1189 bestellte Vertreter nur zu der Treuhänderschaft mit begrenztem Vollrecht am fremden Gegenstande gerechnet werden, wie dies Schulze vom Testamentsvollstrecker annimmt.[7]) Aber unser Treuhänder hat, wie dar-

[1]) Gierke S. 905 Anm. 38. Böckel S. 32. Auch Hachenburg S. 168, obwohl er den Treuhänder als „echten Vertreter" der Gläubiger ansieht.

[2]) Vgl. z. B. bezügl. des Testamentsvollstreckers Planck Anm. 2 zu § 1189.

[3]) Vgl. z. B. Neumann Vorbem. vor § 164 ff. Note A I, 2c und die dort zitierten Reichsgerichtsentscheidungen.

[4]) Riezler S. 382.

[5]) Böckel S. 29.

[6]) Manasse S. 32.

[7]) Den Vertreter aus § 1189 erwähnt Schulze in seiner Abhandlung nicht.

gelegt ist, kein Recht an der Hypothek. Selbst wenn das aber der Fall wäre, hätte es m. E. keinen Zweck, von einem Fall „deutscher Treuhänderschaft“ zu sprechen. Denn bestimmte Rechtswirkungen knüpfen sich nicht an diesen Begriff. In den älteren Rechtsquellen wird das Wort „Treuhänder“ auf denjenigen angewandt, dem die Sorge für fremde Vermögensangelegenheiten anvertraut ist. Das können natürlich die verschiedensten Rechtsinstitute sein.[1]) Das geltende Recht gebraucht das Wort „Treuhänder“ im Hypothekenbankgesetz, wo es im § 29 heißt, daß bei jeder Hypothekenbank ein Treuhänder, sowie ein Stellvertreter zu bestellen sei. Dieser Treuhänder hat eine ganz andere Rechtsstellung als der gemäß § 1189 B. G. B. bestellte Vertreter. Er ist ein staatliches Organ zur Beaufsichtigung der Hypothekenbanken und hat keine Vertretungsbefugnis (vgl. §§ 29—34, 36 des Hypothekenbankgesetzes).[2])

§ 8.

Die Stellung des Treuhänders im Prozesse.

Steht nach den obigen Ausführungen fest, daß der Treuhänder im eigentlichen Sinne Vertreter des „jeweiligen Gläubigers“ ist, so ist damit auch seine Stellung im Prozesse als geklärt anzusehen. Nicht er ist Partei, sondern der oder die jeweiligen Gläubiger. Wenn demgegenüber Hachenburg („Vorträge“ S. 608) ausführt, der Teuhänder sei deswegen Partei, weil er unter Umständen gegen den Willen der Gläubiger den Prozeß führt, auch in manchen Fällen die Gläubiger dem Namen nach völlig unbekannt sind und fortwährend wechseln“, so kann diese Ansicht für zutreffend nicht erachtet werden.[3]) Mögen auch in

[1]) Vgl. Näheres hierüber bei Henle S. 70 Anm. 35.

[2]) Das ist allerdings sehr bestritten. Wie oben u. a. Planck Anm. 8 zu § 1189. Kretzschmar Anm. 6 zu § 1189; abweichend Gunz, auch Staudinger Anm. VII zu § 1189.

[3]) In seinen „Beiträgen“ (S. 171) meint Hachenburg, der Treuhänder habe deswegen die Parteistellung, weil ihm die Verfügungen über die Hypothek kraft eigenen Rechtes zuständen. Wie aber oben

der Regel die Gläubiger unbekannt sein, so sind sie doch jedenfalls bestimmbar. Und das genügt nach der richtigen Lehre vom Parteibegriff, um sie als Partei erscheinen zu lassen und nicht denjenigen, der zur Wahrung ihrer Rechte berufen ist.[1]) Dabei ist es ganz unerheblich, daß dieser auch gegen ihren Willen den Prozeß führen kann.[2]) Oder verlieren denn etwa Vormund oder Pfleger, wenn sie gegen den Willen ihrer Pflegebefohlenen einen Prozeß führen, die Vertreterstellung?

Also negativ steht fest: Der Treuhänder ist im Prozesse nicht Partei. Fest steht ferner auch, nach unseren früheren Ausführungen, daß er nicht Prozeßbevollmächtigter der Gläubiger sein kann.[3]) Er ist vielmehr m. E. als gesetzlicher Vertreter anzusehen und hat die Rechte und Pflichten, die von der Zivilprozeßordnung dem gesetzlichen Vertreter verliehen sind.[4]) Gegen die Annahme, daß der Treuhänder gesetzlicher Vertreter ist, spricht weder, wie Fuchs meint,[5]) die Erwägung, daß seine Stellung nicht unmittelbar auf dem Gesetze beruht, sondern auf dem Bestellungsakte, noch auch die Tatsache, daß die Bestellung eines Treuhänders nicht durch das Gesetz geboten ist, vielmehr fakultativ ist (— § 1189 B. G. B.: „kann bestellt werden"). Denn, wie Riezler zutreffend bemerkt, wird „der Begriff der Vertretung kraft Gesetzes weder dadurch ausgeschlossen, daß erst eine Bestellung erfolgen muß, noch auch dadurch, daß das ganze Vertre-

---

ausgeführt ist, erstreckt sich dieses Eigenrecht nur auf die Vertretungsbefugnis, nicht auf das Hypothekenrecht selbst.

[1]) Vgl. Gaupp-Stein, Vorbem. Ic vor § 50 C. P. O.

[2]) Vgl. Gaupp-Stein, Vorbem. Ic vor § 50 C. P. O.

[3]) Abweichend Fuchs Anm. 32 zu § 1189.

[4]) Nicht deswegen, weil der Vertreter des Schuldverschreibungsgesetzes nach § 14 Abs. 4 daselbst in einem Prozesse, den er für die Gläubiger führt, die „Stellung eines gesetzlichen Vertreters" hat. Denn der Vertreter des S. V. G. nimmt ja eine ganz andere Stellung ein, als der Treuhänder. (Vgl. hierzu Fuchs Anm. 32 zu § 1189.) Die für ihn geltenden Bestimmungen können daher nicht ohne weiteres auf den Treuhänder angewandt werden.

[5]) Fuchs Anm. 21 zu § 1189.

tungsverhältnis ein fakultatives ist".[1]) Maßgebend für den Begriff der Vertretung kraft Gesetzes ist vielmehr, ob dem Vertreter die Vertretungsmacht willkürlich von dem Vertretenen genommen werden kann oder nicht.[2]) Dem Treuhänder kann aber, wie wir sehen werden, die Vertretungsmacht nicht einseitig von den Gläubigern entzogen werden. Hinzu kommt noch als negatives Moment, daß er jedenfalls nicht Bevollmächtigter der Gläubiger ist.

Ist sonach der Treuhänder als gesetzlicher Vertreter anzusehen, so ist freilich darin Fuchs beizustimmen, daß er nicht gesetzlicher Vertreter im Sinne des § 51 C. P. O. ist. Denn, wie erwähnt, werden die Gläubiger durch die Bestellung eines Treuhänders in der Geltendmachung der Hypothek grundsätzlich nicht beschränkt. Sie sind also in Ansehung der Hypothek durchaus prozeßfähig. Aber es können ja auch prozeßfähige Personen einen gesetzlichen Vertreter haben, wie bekanntlich der Gebrechliche (§ 1910 B. G. B.), der Volljährige, dessen Aufenthalt unbekannt ist (§ 1911 B. G. B.) u. a. m. Hierher gehört auch der Treuhänder-[3]) Damit ist nun aber keineswegs gesagt, daß die für den Pfleger der eben genannten Personen geltende Bestimmung des § 53 C. P. O., wonach eine prozeßfähige Person, die in einem Rechtsstreit durch einen Pfleger vertreten ist, für den Rechtsstreit einer nicht prozeßfähigen Person gleichsteht, nun auch auf den Treuhänder Anwendung zu finden habe. Manche Schriftsteller nehmen das freilich an.[4]) Zu einer solchen analogen Anwendung des § 53 C. P. O. kommen sie offenbar deswegen, weil sie den Treuhänder nicht als einen gesetzlichen Vertreter ansehen zu können glauben. Aber ist denn der Pfleger nicht auch ein gesetzlicher Vertreter? Oder sollten sie etwa von der

[1]) Vgl. Riezler S. 380, ähnlich Ritter S. 190.
[2]) Ebenso Riezler S. 380.
[3]) Ebenso Gaupp-Stein Vorbem. I d vor § 50 C. P. O. und Anm. I, 4 zu § 53 C. P. O.
[4]) So Planck Anm. 7 b zu § 1189, Turnau-Förster Anm. 5 A 2, Staudinger Anm. I, 1 zu b, Biermann Anm 3 c a. a. O., Oberneck S. 978.

Meinung ausgegangen sein, die Zivilprozeßordnung lasse grundsätzlich nicht zu, daß in einem von dem gesetzlichen Vertreter geführten Rechtsstreit der Vertretene seine Prozeßfähigkeit behalte, da ja dann letzterer wirksam in den Prozeß eingreifen könne und somit leicht Kollisionen entstehen können? Diese Annahme ist zurückzuweisen. Der § 53 C. P. O. spricht ausdrücklich nur vom „Pfleger", nicht vom gesetzlichen Vertreter überhaupt. Es ist nicht anzunehmen, daß die Zivilprozeßordnung das Wort „Pfleger" in einem anderen Sinne gebraucht als das B. G. B.[1])

Als Resultat der obigen Ausführungen ergibt sich für den Prozeß, in großen Umrissen dargestellt, folgende Rechtslage: Führt der Treuhänder einen Prozeß, sei es als Kläger, sei es als Beklagter, so sind die jeweiligen Gläubiger Partei. Der Treuhänder tritt als ihr gesetzlicher Vertreter auf. Insbesondere hat also die Zuschiebung oder Zurückschiebung des Eides an ihn zu erfolgen (§ 473 C. P. O.), ein richterlicher Eid ist ihm aufzuerlegen (§ 476 C. P. O.), weder er noch die Gläubiger können als Zeugen vernommen werden. Jeder Gläubiger kann in Ansehung seines Hypothekenanteils in den Prozeß eingreifen und beispielsweise Verzichte erklären oder Anerkenntnisse abgeben. Greift ein Gläubiger in den Prozeß ein, dann ist er weder Streitgenosse, da ja der Treuhänder nur Vertreter und nicht auch Partei ist, noch ist er Nebenintervenient, denn der Prozeß ist nicht zwischen „anderen Personen anhängig" (§ 66 C. P. O.), sondern er ist selbst Partei.[2]) Erhebt der Gläubiger Klage, obwohl bereits vom Treuhänder wegen desselben Anspruchs ein Rechtsstreit geführt wird, so steht ihm die Einrede der Rechtshängigkeit entgegen (§ 253 Abs. 2 Nr. 1 C. P. O.). Hat umgekehrt der Gläubiger zuerst die Klage erhoben, so steht dem Treuhänder dieselbe Einrede entgegen, soweit er auch

[1]) Vgl. Gaupp-Stein Anm. II zu § 53 C. P. O.
[2]) Abweichend Oberneck S. 979, obwohl er dem Treuhänder nicht die Parteistellung gibt.

für diesen Gläubiger klagt. Die Rechtskraft des Urteils wirkt für und gegen alle derzeitigen Gläubiger. Was endlich die Prozeßkosten anlangt, so sind diese im Falle des Unterliegens von den Gläubigern zu tragen, nicht etwa von dem Treuhänder, — vorbehaltlich des § 102 C. P. O. —, denn dieser ist ja nicht Partei.[1]) Die Eintreibung der Kosten wird allerdings mit den größten Schwierigkeiten verbunden sein, da ja in der Regel die Gläubiger dem Namen nach unbekannt sind und ständig wechseln.

3. Abschnitt.

Rechte und Pflichten des Treuhänders.

Nachdem durch die Ausführungen im vorigen Abschnitt eine Grundlage für das Verständnis der Treuhänderschaft geschaffen ist, ist nunmehr ihr Inhalt näher zu untersuchen, d. h. es ist zu prüfen, welche Rechte dem Treuhänder zustehen und welche Pflichten ihm aus seiner Stellung erwachsen.

1. Kapitel.

Seine Rechte.

§ 9.

Vorbemerkung.

Die Rechte des Treuhänders sind nun nicht etwa aus dem Gesetze abzulesen, es heißt dort nur, daß er „mit der Befugnis bestellt werden könne, bestimmte Verfügungen über die Hypothek zu treffen und den Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek zu vertreten“. Das Gesetz gibt also nur einen allgemeinen Rahmen, innerhalb dessen

[1]) Nach S. V. G. § 14 Abs. 4 haftet „der Schuldner für die den Gläubigern zur Last fallenden Kosten“. Diese Bestimmung kann auf den Hypothekenschuldner nicht analog angewendet werden, da es sich um eine Spezialbestimmung handelt. Vgl. hierzu u. a. Fuchs Anm. 32 a. a. O., Turnau-Förster S. 1010, von denen die gleiche Ansicht vertreten wird.

dem Parteibelieben freier Spielraum gelassen ist; es ist somit nicht etwa dahin auszulegen, daß dem Treuhänder mindestens die im § 1189 angeführten Befugnisse zustehen müssen. Der Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung ebenso wie die Ausführungen in der Kommissionsberatung zwingen zu der Auffassung, daß das Gesetz keineswegs die Befugnisse des Treuhänders hat festlegen wollen.[1]) Vielmehr ist es Sache der bei der Bestellung Beteiligten, den Umfang seiner Befugnisse zu bestimmen. Hierbei können sie nach Gutdünken festsetzen, welche Verfügungen über die Hypothek der Treuhänder vornehmen darf und ob und inwieweit er die Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek vertreten kann.

Immer hat der Treuhänder des § 1189 als solcher lediglich Befugnisse in Ansehung der Hypothek. Aber es steht selbstverständlich nichts im Wege, ihn zugleich mit der Vertretungsmacht über die Forderung oder etwaige Sicherheiten zu betrauen, die abgesehen von der Hypothek für das Papier bestellt sind (z. B. Mobilien, Bahneinheit). Es braucht wohl nicht weiter betont zu werden, daß die Erteilung einer solchen Vertretungsmacht nicht, wie der dingliche Bestellungsakt, einseitig durch den Eigentümer vorgenommen werden kann, sondern nur entweder mittels vertragsmäßiger Festsetzung bei Ausgabe der Papiere oder einseitig von den Gläubigern. So wird es nicht selten vorkommen, daß die Gläubiger, wenn sie in Gemäßheit des Schuldverschreibungsgesetzes einen Verband bilden, den Treuhänder zu ihrem Verbandsvertreter bestellen. Gibt es doch schon jetzt Gesellschaften, deren Geschäftsprogramm darin besteht, u. a. Geschäftsbesorgungen von der Art zu übernehmen, wie sie dem Treuhänder und dem nach § 14 S. V. G. bestellten Vertreter obliegen, wie beispielsweise die deutsche Treuhandgesell-

[1]) Ebenso z. B. Fuchs Anm. 28, Henle S. 156, 4a, Endemann S. 873 Anm. 31.

schaft, Aktiengesellschaft Berlin.[1]) Ohnehin steht der Treuhänder, auch wenn er nicht zum Vertreter des Verbandes der Schuldverschreibungsbesitzer bestellt ist, in gewissen Beziehungen zu diesem Verbande. Er hat nämlich nach § 16 Abs. 2 S. V. G. das Recht, von dem Schuldner die Berufung einer Gläubigerversammlung des Verbandes und die Ankündigung von Gegenständen zur Beschlußfassung in einer solchen Versammlung zu verlangen; eventuell, wenn der Schuldner diesem Ersuchen nicht nachkommt, kann er nach Ermächtigung durch das zuständige Amtsgericht (§ 4 S. V. G.) selber die bezeichneten Handlungen an Stelle des Schuldners vornehmen.

Was endlich die Honorierung des Treuhänders und sein Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen anlangt, so entscheidet hierüber ein etwa zwischen ihm und dem Eigentümer bezw. den Gläubigern bestehendes Vertragsverhältnis. Besteht ein solches Vertragsverhältnis nicht oder besagt es über die Honorierung und den Ersatz von Aufwendungen nichts, so kann der Treuhänder nicht etwa in Gemäßheit der Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag von den Gläubigern, deren Geschäfte er ja besorgt, Ersatz seiner Aufwendungen verlangen (§ 683 B. G. B.). Denn der Bestellungsakt gibt ihm die Berechtigung, innerhalb des Rahmens der ihm übertragenen Befugnisse zu handeln. Die Voraussetzung für die Anwendung der Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag treffen also auf ihn nicht zu (§ 677 B. G. B.[2]) Der Treuhänder wird sich daher vor Vornahme eines jeden Geschäftes den Ersatz seiner etwaigen Auslagen zusichern lassen müssen.[3]) Den Gläubigern haftet übrigens im Rahmen des § 1118 B. G. B. das belastete Grundstück für die durch die Führung der Treuhändergeschäfte entstehenden Kosten.

[1]) Vgl. hierüber das Nähere bei Rosendorff S. 606 ff.

[2]) Ihn etwa stets als Beauftragten der Gläubiger anzusehen, wie Biermann meint, wäre lediglich eine Fiktion.

[3]) Vgl. hierüber Henle S. 155.

§ 10.

Befugnis zur Verfügung über die Hypothek.

Bezüglich der Verfügungsbefugnisse besagt, wie bereits bemerkt ist, das Gesetz, daß der Treuhänder ermächtigt werden könne, „bestimmte Verfügungen über die Hypothek zu treffen“. Diese Worte des Gesetzes nötigen zu der Auslegung, daß der Umfang der Verfügungsbefugnisse bei der Bestellung des näheren bestimmt werden muß.[1]) Für diese Auslegung spricht auch die Tendenz des Gesetzes, dem Treuhänder nur beschränkte Funktionen zu geben, eine Tendenz, die besonders in der mehrfach erwähnten Tatsache hervortritt, daß den Gläubigern die immerhin nicht unbedenkliche freie Verfügungsbefugnis belassen und somit die Möglichkeit gegeben ist, die Befugnisse des Treuhänders auf ein enges Maß zu beschränken. Es spricht also keineswegs die Vermutung dafür, daß der Treuhänder zu jeder Art von Verfügungen berechtigt ist.[2]) Vielmehr hat der Mangel einer näheren Bestimmung des Umfanges der Verfügungsbefugnisse des Treuhänders zur Folge, daß seine Bestellung insoweit unwirksam ist. Wie Predari zutreffend bemerkt, ist in solchem Falle die Eintragung der Bestellung ein „der Ausfüllung bedürftiges und ohne sie bedeutungsloses Blankett“. Natürlich ist aber das Erfordernis einer näheren Bestimmung des Umfangs der Verfügungsbefugnisse nicht dahin zu verstehen, daß dieselben stets einzeln aufgezählt werden müssen. Eine „Bestimmung“ liegt vielmehr auch dann vor, wenn negativ die dem Treuhänder versagten Verfügungsbefugnisse aufgezählt werden oder er ausdrücklich ermächtigt wird, alle Verfügungen vorzunehmen.[3])

Was nun die einzelnen Verfügungsbefugnisse anlangt, zu denen der Treuhänder ermächtigt werden kann, so

---

[1]) Ebenso Planck Anm. 7a, abweichend Hachenburg S. 162. — Eine analoge Vorschrift enthält § 14 Abs. 1 S. V. G.

[2]) Abweichend Kretzschmar Anm. 3a, Ritter S. 189.

[3]) Vgl. u. a. Turnau-Förster S. 1010 unten.

werden hierzu vor allen Entlassungen von Trennstücken aus der Mithaft, Rangänderungen, Löschungsbewilligungen oder Anerkenntnisse des kraft Gesetzes erfolgten Überganges der Hypothek auf den Eigentümer, den persönlichen Schuldner oder einen Dritten gehören. Hierbei legitimiert ihn die Eintragung seiner Bestellung in das Grundbuch. Die Papiere braucht er nicht vorzulegen. Von dem sonst geltenden Grundsatze, daß bei den Inhaber- und Orderhypotheken „eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn die Urkunde vorgelegt wird (§ 44 Abs. 1 G. B. O.)“, ist ausdrücklich eine Ausnahme gemacht für den Fall, daß die Eintragung auf Grund der Bewilligung des Treuhänders oder auf Grund einer gegen diesen erlassenen gerichtlichen Entscheidung bewirkt werden soll (§ 44 Abs. 2 G. B. O.). Auch ist der Treuhänder gemäß § 55 G. B. O. von Eintragungen zu benachrichtigen. Zur Abtretung und Belastung der Hypothek wird er in der Regel nicht ermächtigt werden, da diese Rechtsänderungen nicht durch Eintragung in das Grundbuch, sondern nur durch Übergabe des Papiers erfolgen können (§§ 1187 Satz 3, 1274 B. G. B.), er aber meistens nicht im Besitze des Papiers sein wird.[1]) Aus demselben Grunde wird die Empfangnahme von Zahlungen meistens nicht zu seinen Befugnissen gehören. Ist doch bei den hier in Betracht kommenden Papieren der Schuldner nur gegen Aushändigung der Urkunden zur Zahlung verpflichtet (§ 797 B. G. B., 364 Abs. 3 H. G. B. und Art. 39 W. O.). Wenn Gierke meint, daß der Treuhänder überhaupt nicht zur Empfangnahme von Zahlungen ermächtigt werden könne, ausgenommen für den Fall der Befriedigung aus dem Grundstücke,[2]) so ist diese Ansicht zurückzuweisen. Wie oben bereits des näheren dargelegt ist, ist es durchaus möglich, daß die Vertretungsmacht des Treuhänders auch

[1]) Ebenso Planck Anm. 7 a; Fuchs Anm. 31 a. a. O.
[2]) Gierke S. 905 Anm. 34; ähnlich Ritter S. 189.

auf die Forderung ausgedehnt wird.[1]) Übrigens stellt die Empfangnahme von Zahlungen gleichzeitig eine Verfügung über die Hypothek dar (§§ 1163 ff. B. G. B.), ebenso wie die Abtretung und Belastung der Hypothek gleichzeitig die Forderung ergreift.

§ 11.

Befugnis zur Geltendmachung der Hypothek.

Während, wie wir oben gesehen haben, der Umfang der Verfügungsbefugnisse des Treuhänders der näheren Bestimmung durch Eintragung in das Grundbuch bedarf, geht ein gleiches Erfordernis hinsichtlich seiner Befugnisse zur Geltendmachung der Hypothek aus dem Gesetze nicht hervor. Das ist nun aber nicht etwa dahin zu verstehen, daß der Treuhänder kraft Gesetzes, d. h. also auch dann, wenn hiervon bei der Bestellung nichts erwähnt ist, zur Geltendmachung der Hypothek befugt ist.[2]) Denn, wie oben ausgeführt ist, legt das Gesetz nicht etwa die Befugnisse des Treuhänders fest, sondern schafft nur einen Rahmen, innerhalb dessen dem Parteibelieben freier Spielraum gelassen ist. Es versteht sich daher durchaus nicht von selbst, daß der Treuhänder auch zur Geltendmachung der Hypothek befugt ist. Das muß vielmehr aus dem Inhalte der Bestellung hervorgehen.[3]) Das genügt aber auch. Es brauchen weder die Geltendmachungsakte, zu denen er befugt sein soll, aufgezählt werden, noch braucht ausdrücklich bestimmt zu werden, daß er zu allen Geltendmachungsakten berechtigt sei. Hierfür spricht vielmehr die Vermutung.

Was unter Geltendmachung der Hypothek im Sinne des § 1189 B. G. B. zu verstehen ist, ist nicht unbe-

[1]) Gleicher Ansicht bezügl. der Empfangnahme von Zahlungen sind u. a. Planck Anm. 7a, Fuchs Anm. 31, Turnau-Förster S. 1011, Staudinger Anm. I 1 zu A.

[2]) So Kretzschmar Anm. 3b, Turnau-Förster S. 1010 unten, anscheinend auch Planck Anm. 7b und Biermann Anm. 3b.

[3]) Ebenso Fuchs Anm. 28, Gierke S. 905 Anm. 34, Endemann S. 873 Anm. 31.

stritten. Hachenburg ist der Ansicht, daß hierunter nur die Verfolgung des Hypothekenrechts vor dem Prozeß- oder Vollstreckungsgerichte falle.[1]) Er meint, daß man sonst den Treuhänder auch zum Einzuge des Geldes für berechtigt halten müsse, ein solches Resultat berge aber große Gefahren für die Gläubiger in sich. Diese Ansicht kann nicht für zutreffend erachtet werden. Die Empfangnahme von Zahlungen gehört überhaupt nicht zur Geltendmachung der Hypothek, sondern zur Verfügung über diese.[2]) Aber was noch wichtiger ist, es steht ja im Belieben der Beteiligten, dem Treuhänder die Befugnisse zum Einzuge des Geldes zu versagen. Hachenburg scheint allerdings von der Ansicht auszugehen, daß die Rechte des Treuhänders im Gesetze festgelegt seien. Eine solche Bedeutung kommt aber, wie oben dargelegt ist, dem § 1189 keineswegs zu.

Es liegt sonach kein Grund vor, unter der Geltendmachung der Hypothek etwas anderes zu verstehen, als sonst im Hypothekenrechte darunter verstanden wird. Sonach gehören hierher alle gerichtlichen und außergerichtlichen Akte, die auf die Verwirklichung des Hypothekenrechts abzielen, also vor allem die Mahnung, die Einklagung der Hypothek,[3]) das Betreiben der Zwangsvollstreckung,[4]) aber auch (und nicht zum mindesten) alle Schritte zur Wahrung und Erhaltung des Hypothekenrechts (§ 1133 bis 1135 B. G. B.).[5])

Sehr bestritten ist, ob die Kündigung der Hypothek zu den Geltendmachungsakten zu rechnen oder als Verfügung anzusehen ist. Richtig wird sein, daß die Kündi-

[1]) Hachenburg, Beitr. S. 160 f., Vortr. S. 608.

[2]) Ebenso Planck Anm. 7b, Fuchs Anm. 31.

[3]) Hierbei ist zu beachten, daß der Treuhänder, falls er nicht im Besitz des Papieres ist, nur Hinterlegung des Schuldbetrages für die Gläubiger verlangen kann.

[4]) Im Zwangsvollstreckungsverfahren ist er als Beteiligter im Sinne des § 9 Zw. G. S. anzusehen.

[5]) Näheres über den Begriff „Geltendmachung der Hypothek" findet sich in den Kommentaren bei der Erläuterung des § 1160 B. G. B.

gung sowohl eine Verfügung über die Hypothek als auch eine Geltendmachung derselben darstellt. Verfügung ist sie deswegen, weil durch sie das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Eigentümer unmittelbar eine Änderung erfährt.[1]) Und Geltendmachung der Hypothek ist sie insofern, als sie den ersten Schritt zur Verwirklichung des Hypothekenrechts darstellt.[2]) Von praktischer Bedeutung ist m. E. diese Streitfrage nicht, da ja die Inhaber- und Orderhypotheken zu den Sicherheitshypotheken gehören (§ 1187 B. G. B) und bei diesen lediglich die persönliche Forderung für die Fälligkeit maßgebend ist.[3])

Aus der soeben des Näheren betrachteten Befugnis des Treuhänders zur Geltendmachung der Hypothek folgt nun nicht etwa, wie Hachenburg meint,[4]) seine Passivlegitimation in Ansehung der Hypothek. Wie vielmehr mit Deutlichkeit aus § 1189 Abs. 2 B. G. B. hervorgeht, ist er bei Klagen, mit denen die Vornahme einer Verfügung in Ansehung der Hypothek von ihm verlangt wird, nur dann passiv legitimiert, wenn er bei der Bestellung zu einer derartigen Verfügung ermächtigt ist.[5])

2. Kapitel.

Pflichten des Treuhänders.

§ 12.

Pflichten gegenüber dem Gläubiger.

Bei der Prüfung der Pflichten des Treuhänders gegenüber dem Gläubiger ist von der früheren Feststellung auszugehen, daß seine Stellung nicht auf einem Auftrage der

[1]) Vgl. das Nähere über den Begriff „Verfügung" bei Planck Bd. I S. 185 unten.

[2]) Planck sieht in der Kündigung lediglich eine Verfügung, desgl. Denkschrift S. 227, Endemann Anm. 31. Mit der obigen Ansicht übereinstimmend Biermann Anm. 3 b, während Fuchs Anm. 30 und Jacobi S. 345 die Kündigung lediglich als Geltendmachung ansehen.

[3]) Vgl. Kretzschmar Anm. 3 b a. a. O.

[4]) Hachenburg S. 160, auch Staudinger Anm. I, 1 zu b, Oberneck S. 978.

[5]) Vgl. u. a. Fuchs Anm. 32, Turnau-Förster S. 1010, Planck Anm. 7 b.

Gläubiger beruht, sondern auf dem Bestellungsakte. Er ist daher, wie auch bereits erwähnt ist, grundsätzlich von dem Willen der Gläubiger unabhängig. Damit ist aber nicht gesagt, daß er diesen gegenüber überhaupt keine Pflichten habe. Deren Umfang und Art läßt sich allerdings nicht allgemein bestimmen. In erster Linie ist ein etwaiges Vertragsverhältnis zwischen ihm und den Gläubigern entscheidend. Auf welche Weise ein solches Vertragsverhältnis geschaffen werden kann, ist oben bei der Erörterung der rechtlichen Natur der Treuhänderschaft dargelegt. Schwierig wird die Frage nach den Pflichten des Treuhänders, wenn kein Vertragsverhältnis zwischen ihm und den Gläubigern besteht. Die Annahme, daß stets ein Auftragsverhältnis anzunehmen sei, ist oben bereits als eine Fiktion bezeichnet.[1]) In der Literatur werden in dieser Hinsicht verschiedene Ansichten vertreten. Neumann meint,[2]) auch wenn der Treuhänder von dem Eigentümer bestellt sei, könne anzunehmen sein, daß den Gläubigern gemäß § 328 B. G. B. unmittelbar das Recht zustehe, von dem Treuhänder die Besorgung der übernommenen Geschäfte zu verlangen. Gewiß kann vor Vornahme des Bestellungsaktes ein so gearteter Vertrag zwischen Eigentümer und Treuhänder geschlossen werden. Aber ohne weiteres ist sicherlich nicht anzunehmen, daß es in der Absicht beider liegt, den Gläubigern einen Einfluß auf die Führung der Treuhänderschaft zuzugestehen. Andere Schriftsteller wie Endemann,[3]) Gierke,[4]) Henle[5]) und Staudinger[6]) meinen, die Pflichten des Treuhänders seien ähnlich wie beim Testamentsvollstrecker, Vormund und dergleichen aus den gewöhnlichen Grundsätzen über die Führung fremder Geschäfte abzu-

[1]) Siehe S. 33 Note 2.
[2]) Neumann Anm. 4 zu § 1189.
[3]) Endemann S. 876 Anm. 44.
[4]) Gierke S. 905.
[5]) Henle S. 155.
[6]) Staudinger Anm. II, 1.

leiten, er sei deshalb namentlich zur gewissenhaften Ausführung der übernommenen Vertretung und zur Rechenschaftslegung verpflichtet. Diesen Ausführungen kann ebenfalls nicht beigetreten werden. Jene Rechtsinstitute liegen auf einem ganz anderen Gebiete und haben durchaus andere Aufgaben zu erfüllen, als die Treuhänderschaft. Eine Analogie mit dem Testamentsvollstrecker und Zwangsverwalter ist schon bei der Prüfung der rechtlichen Natur der Treuhänderstellung mit der Begründung zurückgewiesen worden, daß der Treuhänder als echter Vertreter anzusehen sei, während dies beim Testamehtsvollstrecker und Zwangsverwalter nicht der Fall sei. Der Vormund ist ja nun zwar Vertreter. Aber die für ihn geltenden Vorschriften können nicht auf die rein sachenrechtliche Treuhänderschaft angewendet werden. Das wäre m. E. allzu kühn. Für solche gewagten Analogieschlüsse liegt auch gar kein Grund vor. In den weitaus überwiegenden Fällen wird neben dem Treuhänder ein in Gemäßheit des Schuldverschreibungsgesetzes bestellter Vertreter vorhanden sein (§ 1 Abs. 1. 3 daselbst). Es steht nichts im Wege, daß dieser von der Gläubigerversammlung mit denselben Befugnissen betraut wird, wie der Treuhänder. Werden doch, wie mehrfach erwähnt, die Gläubiger durch die Bestellnng des Treuhänders in ihren Rechten in Ansehung der Hypothek nicht beschränkt.[1]) In solchem Falle wird es Sache des Verbandsvertreters sein, die in Ansehung der Hypothek notwendig werdenden Schritte zu tun. Das kann er um so leichter, als er, ebenso wie der Treuhänder, nicht verpflichtet ist, bei Eintragungen in Ansehung der Hypothek die Urkunden vorzulegen (§ 17 Abs. 2 S. V. G. in Verbindung mit § 44 Abs. 2 G. B. O.). Eine Säumnis des

[1]) Das übersieht Turnau-Förster S. 1013, der meint, der Verbandsvertreter dürfe in die Befugnisse des Treuhänders nicht eingreifen. Auf den Wortlaut des § 16 S. V. G. kann er sich aber für seine Ansicht keineswegs berufen, vgl. u. a Göppert Anm. 3 zu § 16 S. V. G., Gierke S. 906, Planck Anm. 5 zu § 1189. — Wie Turnau-Förster auch Rießer S. 61 ff., 86.

Treuhänders würde dann also keinen Schaden anrichten können. Aber mag auch der Verbandsvertreter zu Befugnissen in Ansehung der Hypothek nicht ermächtigt sein, so kann er doch stets den Treuhänder überwachen [1]) und gegebenenfalls für eine gerichtliche Abrufung desselben Sorge tragen.[2]) Hierauf wird unten noch näher eingegangen werden.

Ein noch viel besserer Schutz aber wird den Gläubigern durch die Vorschriften über unerlaubte Handlungen gewährt. Nicht bloß für den Fall, daß der Treuhänder vorsätzlich zu ihrem Nachteil handelt. In solchem Falle würde er sich sogar strafbar gemacht haben (Untreue gemäß § 266 Ziff. 2 St. G. B.[3]) Außerdem würde er gemäß §§ 823 Abs. 2, 826 B. G. B. den Gläubigern schadensersatzpflichtig sein. Der Schutz der Vorschriften über unerlaubte Handlungen reicht weiter: sie zwingen den Treuhänder zu einer sorgfältigen Führung seines Amtes, will er sich nicht schadensersatzpflichtig machen. Denn unzweifelhaft gehört die ihm zur Fürsorge anvertraute Hypothek zu den „sonstigen Rechten", die durch § 823 Abs. 1 geschützt werden sollen.[4]) Dieser Rechtsschutz greift schon dann Platz, wenn das Recht — in unserem Falle die Hypothek — „fahrlässig verletzt wird".[5]) Der Treuhänder muß sich sonach bei allen seinen Handlungen

---

[1]) Vgl. hierzu Göppert Anm. 3 zu § 14 S. V. G.

[2]) Aus diesen Gründen wird sich der Modus, den Treuhänder zum Verbandsvertreter zu bestellen, nicht empfehlen.

[3]) Die herrschende Meinung sieht als „Bevollmächtigten" im Sinne des § 266 Ziff. 2 St. G. B. denjenigen an, dem die Vornahme von Rechtsgeschäften für eine andere Person übertragen und eine Verfügungsgewalt namens derselben eingeräumt ist. Also auch der Treuhänder ist als „Bevollmächtigter" im Sinne des § 266 Ziff. 2 St. G. B. anzusehen. Übrigens ist im Sinne des § 266 St. G. B. „absichtlich" soviel wie „vorsätzlich" und dem „Tun" steht das pflichtwidrige „Unterlassen" gleich. Vgl. Olshausen 6. Aufl. II N. 6 zu § 266.

[4]) Vgl. Planck Anm. II, 1 f. zu § 823.

[5]) Und „widerrechtlich". Diese Voraussetzung braucht hier nicht weiter erörtert zu werden. Denn Widerrechtlichkeit liegt immer vor, sofern nicht durch ein besonderes Verhältnis die Verletzung gerechtfertigt wird (z. B. durch Notwehr).

der im „Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ befleißigen (§ 276 B. G. B.). Er darf aber auch nicht durch fahrlässige Säumnis die Hypothek gefährden. Denn eine fahrlässige Handlung steht dem Handeln dann gleich, wenn eine Rechtspflicht oder auch nur die billige Rücksicht auf die Interessen anderer die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln erheischt.[1]) Darüber kann nun aber wohl kein Streit herrschen, daß es nur billig ist, von dem Treuhänder zu verlangen, daß er sich um die Hypothek kümmert. Und zwar wird er dies, wie Hachenburg zutreffend bemerkt,[2]) auch dann zu tun haben, wenn er etwa selber Gläubiger der Hypothek ist. Sonst macht er sich den späteren Gläubigern haftpflichtig.

Hiernach dürfte erwiesen sein, daß schon die Rücksicht auf den § 823 Abs. 1 dem Treuhänder gebietet, sein Amt gewissenhaft zu führen. Nimmt man hinzu, daß den Gläubigern jederzeit das Grundbuch zur Einsicht offen steht und daß der Treuhänder in der Regel zur Empfangnahme von Zahlungen nicht ermächtigt sein wird, daher auch zu einer Rechenschaftslegung seitens des Treuhänders meistens kein Anlaß vorliegen wird, so dürfte damit dargetan sein, daß das Gesetz auch ohne Anwendung von zweifellos doch recht anfechtbaren Analogieschlüssen den Verhältnissen durchaus gerecht wird.

§ 13.

Pflichten gegenüber dem Eigentümer.

Es ist mehrfach im Laufe der Darstellung hervorgehoben worden, daß auch der Eigentümer ein Interesse an der Bestellung des Treuhänders hat und zwar insofern, als dieser ihm durch sein Dasein eine Gegenpartei gibt, mit der er kontrahieren kann. Hieraus zieht das Gesetz die auch schon erwähnte Konsequenz, daß es in § 1189 Abs. 2 dem Treuhänder die Pflicht auferlegt, innerhalb

[1]) Vgl. Planck Anm. II, 2 zu § 823.
[2]) Vgl. Hachenburg, Beitr. S. 159.

des Rahmens seiner Befugnisse auf Verlangen des Eigentümers diejenigen Verfügungen vorzunehmen, deren Vornahme der Eigentümer auch von den Gläubigern verlangen könnte, — eine Verpflichtung, die übrigens, wie die Protokolle hervorheben,[1]) nicht nur gegenüber dem ersten Besteller der Hypothek besteht, sondern auch gegenüber jedem späteren Erwerber des Grundstücks oder eines Teiles desselben. Sind sonach beispielsweise die Gläubiger verpflichtet, bei Einlösung einer jeden Schuldverschreibung in die Löschung der entsprechenden Teilhypothek zu willigen, — was wohl regelmäßig der Fall sein wird, — so muß der Treuhänder auf Verlangen des Eigentümers die Löschungsbewilligung erteilen. Ein Widerspruch des Gläubigers kann ihn von dieser Pflicht nicht entbinden. Aber es ist wohl zu beachten, daß er auch hierbei immer als Vertreter der Gläubiger handelt. Deren Nutzen hat er stets bei seinem Tun und Lassen in erster Linie im Auge zu behalten.[2]) Stehen die Interessen von Eigentümer und Gläubiger einander entgegen, so muß er sich auf die Seite der Gläubiger stellen, sonst verletzt er die ihm diesen gegenüber obliegenden Pflichten. Ein entgegenstehender Vertrag mit dem Eigentümer würde zum mindesten gegen die guten Sitten verstoßen und daher nichtig sein (§ 138 B. G. B.). Soweit dagegen die Interessen der Gläubiger gewahrt bleiben, kann natürlich der Treuhänder — unter Beobachtung des § 181 B. G. B. — auch dem Eigentümer gegenüber bezüglich der Führung seines Amtes Verpflichtungen übernehmen. Solche Verpflichtungen sind nicht ohne weiteres schon dann begründet, wenn der Treuhänder vom Eigentümer den Auftrag zur Übernahme der Treuhänderschaft erhält und er diesen Auftrag auch annimmt. Denn wie früher ausgeführt ist, ist der Treuhänder als solcher nie Beauftragter des Eigentümers.

[1]) Protokolle Bd. III S. 676.
[2]) Ähnlich Kretzschmar Anm. 3a zu § 1189.

4. Abschnitt.

§ 14.

Beendigung der Treuhänderschaft.

Zum Schlusse bedarf es noch einer Prüfung der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Treuhänderschaft ihr Ende erreicht.

Auch hier ist davon auszugehen, daß die Treuhänderschaft nicht die Außenseite irgend eines obligatorischen Verhältnisses zwischen dem Treuhänder und dem Eigentümer bezw. den Gläubigern ist, sondern daß sie auf dem Bestellungsakte beruht. Das kann nicht scharf genug betont werden. Manche Schriftsteller, die wohl erkannt haben, daß der Treuhänder nicht als Bevollmächtigter der Gläubiger oder des Eigentümers anzusehen sei, haben diese ihre Ansicht bei der Prüfung der Frage nach dem Erlöschen der Treuhänderschaft nicht konsequent im Auge behalten. Sie meinen, die Vertretungsmacht des Treuhänders endige, abgesehen von anderen Gründen, durch das „Erlöschen des Rechtsverhältnisses, welches der Übernahme der Vertretungsmacht seitens des Treuhänders zugrunde liegt." So u. a. Planck,[1]) Biermann,[2]) Fuchs,[3]) Predari[4]). Wäre das richtig, dann müßte man konsequenterweise annehmen, daß, wenn beispielsweise der Eigentümer den Treuhänder mit der Übernahme der Treuhänderschaft beauftragt hat, er durch einseitigen Widerruf die Vertretungsmacht des Treuhänders zum Erlöschen bringen könne. Biermann lehnt diese Konsequenz ab, indem er von der Ansicht ausgeht, es seien stets der Eigentümer und der Gläubiger als Auftraggeber anzusehen. Daß diese Annahme lediglich eine

[1]) Planck Anm. 6 (S. 710), wo auf das in Erl. 5 Gesagte hingewiesen wird.

[2]) Biermann Anm. 5 zu § 1189.

[3]) Fuchs Anm. 27 β, welch' letzterer ja aber den Treuhänder wirklich als Bevollmächtigten der Gläubiger ansieht.

[4]) Predari S. 582.

Fiktion ist, ist oben bereits gesagt. Predari weist ebenfalls jene Konsequenz zurück. Er meint, daß, wie die Entstehung des Treuhandverhältnisses durch die Eintragung bedingt sei, so auch für das Erlöschen der Treuhänderschaft stets die Eintragung wesentliches Erfordernis sei; es sei deshalb zu ihr die Bewilligung des Eigentümers und der Gläubiger, ja auch des Treuhänders selbst erforderlich. Diese Begründung erscheint nicht stichhaltig. Wenn richtig ist, daß die Treuhänderschaft durch das Erlöschen des ihrer Übernahme seitens des Treuhänders zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses ihr Ende erreicht, dann kann logischerweise die Eintragung nur Berichtigungscharakter haben und nur den Zweck haben, die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, an dem auch die Eintragung des Treuhänders teilnimmt, [1]) auszuschließen. Die Eintragung der Beendigung der Treuhänderschaft könnte also einseitig vom Eigentümer bezw. Gläubiger erwirkt werden, sofern nur das Erlöschen jenes der Übernahme der Treuhänderschaft zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses grundbuchmäßig nachgewiesen werden kann (§§ 22, 29 G. B. O.). Ist letzteres nicht möglich, dann könnte doch jedenfalls durch Erwirkung eines Widerspruchs (§ 899 B. G. B.) die Vertretungsmacht des Treuhänders lahm gelegt werden. Planck und Fuchs scheinen denn auch diese Folgerung zu ziehen.

Es ist also nicht richtig, daß das Erlöschen der Vertretungsmacht des Treuhänders sich nach dem zwischen ihm und dem Eigentümer bezw. den Gläubigern bestehenden Rechtsverhältnisse richtet. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Vollmacht, namentlich der § 168 B. G. B., können hier nicht Platz greifen. Die Treuhänderschaft ist eine ganz selbständige Einrichtung und kann nur für sich verstanden werden. Da sie ganz allein auf dem dinglichen Bestellungsakte beruht, so be-

[1]) Vgl. Ramdohr S. 348.

steht sie solange, als nicht die Bestellung in Gemäßheit der §§ 873 ff. B. G. B. durch ein dingliches Rechtsgeschäft aufgehoben ist, nur mit einer selbstverständlichen Ausnahme: stirbt der Treuhänder oder wird er geschäftsunfähig oder verliert er die Rechtsfähigkeit, dann endigt auch seine Stellung. Denn in diesen Fällen wird ihm die Ausübung seiner Vertretungsmacht unmöglich. Daß aber seine Befugnisse nicht durch seinen etwaigen gesetzlichen Vertreter ausgeübt werden können oder auf einen Rechtsnachfolger übergehen, folgt aus der Natur der Treuhänderstellung als einer Vertrauensstellung. Auch war es zweifellos der Wille der bei der Bestellung Beteiligten, daß die Treuhänderschaft im Falle des Eintritts der bezeichneten Ereignisse endigen solle.

Abgesehen aber von der eben besprochenen Ausnahme kann die Treuhänderschaft nur durch ein dingliches Rechtsgeschäft aufgehoben werden. Diese Aufhebung kann nicht etwa, wie einige Schriftsteller meinen,[1]) gemäß § 875 B. G. B. durch einseitigen Verzicht des Treuhänders bewirkt werden. Der hat, wie verschiedentlich betont ist, kein Recht an der Hypothek, sondern nur eine Vertretungsmacht. Niemand kann sich aber einer ihm übertragenen Vertretungsmacht einseitig entledigen, wie man ja auch die Vertretungsmacht erhält, ohne es zu wollen. Wohl kann man, wenn die Vertretungsmacht die Außenseite eines obligatorischen Verhältnisses bildet — (Vollmacht) —, was ja beim Treuhänder nicht der Fall ist, eben diese Vollmacht durch Beendigung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses zum Erlöschen bringen (§ 138 B. G. B.). Niemals aber kann man die Vollmacht als solche von sich abwälzen.[2]) Der Treuhänder bleibt also Treuhänder, solange ihm nicht seine Vertretungsmacht von der dazu befugten Stelle genommen ist. Damit ist nun aber nicht gesagt, daß er nun auch verpflichtet sei, von seiner

[1]) Cosack Bd. II S. 366 Anm. e, Kuhlenbeck S. 278.
[2]) Ebenso Ritter S. 94.

Stellung solange Gebrauch zu machen, als er sie innehat. Ebensowenig wie er in seine Stellung, die ihm womöglich ohne sein Wissen übertragen ist, einzutreten braucht, wenn er sich nicht hierzu dem Eigentümer oder den Gläubigern gegenüber verpflichtet hat, ebenso ist er nur solange zur Ausübung seines Amtes verpflichtet, als er hierzu dem Eigentümer oder den Gläubigern vertragsmäßig verbunden ist. Im Zweifel wird er sich jederzeit von seinen Vertretungspflichten befreien können. Nur wird er sein Amt, das er nun einmal übernommen hat, auch solange wahrzunehmen haben, als nicht ein neuer Vertreter bestellt ist.[1]) Wird letzteres schuldhaft verzögert, dann ist er allerdings zu keiner Tätigkeit mehr verpflichtet und kann einem etwaigen Anspruch auf Ausübung seiner Befugnisse mit Erfolg die exceptio doli entgegenhalten oder bei einem Schadensersatzanspruch sich auf § 254 B. G. B. (Culpacompensation) berufen.

Bei der Frage nun, wie denn die Bestellung des Treuhänders aufgehoben werden kann, haben wir uns daran zu erinnern, daß die Bestellung einen wesentlichen Teil des Hypothekenrechts bildet. Ihre Aufhebung bedeutet sonach eine Änderung des Inhalts der Hypothek. Hieraus ergibt sich gemäß den allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken (§§ 877, 873 B. G. B.), daß weder der Eigentümer noch die Gläubiger die Bestellung einseitig aufheben können, sondern daß hierzu ein Zusammenwirken Beider und außerdem die Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist.[2]) Eines Mitwirkens des Treuhänders bedarf es, wie Predari meint,[3]) nicht, da dieser, wie mehrfach bemerkt, ein Recht an der Hypothek nicht hat.

---

[1]) Ebenso Staudinger Anm. V zu § 1189; Oberneck S. 979; Henle S. 152; abweichend Hachenburg S. 170.

[2]) Vgl. Hachenburg S. 170. Fuchs Anm. 27 β, Planck Anm. 6. — Abweichend Staudinger Anm. V, der der Eintragung keine konstitutive Wirkung beilegt.

[3]) Predari S. 592.

Unter Umständen kann der Treuhänder auch durch gerichtliche Verfügung seines Amtes enthoben werden. Bilden nämlich die Gläubiger in Gemäßheit des Schuldverschreibungsgesetzes einen Verband, dann kann gemäß § 16 Abs. 3 dieses Gesetzes auf Antrag von Gläubigern, deren Schuldverschreibungen zusammen den fünften Teil des Gesamtbetrages der im Umlaufe befindlichen Schuldverschreibungen erreichen, das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Schuldner seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat oder gehabt hat (§ 4 Abs. 1 S. V. G.), durch eine mit der sofortigen Beschwerde anfechtbare Verfügung den Treuhänder abberufen, nachdem vorher, soweit tunlich, letzterer sowohl wie der Schuldner gehört sind.[1]) Diese gerichtliche Verfügnng ersetzt den Willen des Gläubigers und des Eigentümers. Dingliche Wirkung hat sie erst, wenn die Eintragung in das Grundbuch hinzukommt. Diese erfolgt auf Grund einer Ausfertigung der Verfügung und diesbezüglichen Antrag des Eigentümers oder eines neu bestellten Treuhänders. Daß eine solche Neubestellung eines Treuhänders nur durch Zusammenwirken von Gläubiger und Eigentümer erfolgen kann, folgt aus unseren früheren Ausführungen. Daß ein solches Zusammenwirken mit den größten Schwierigkeiten verbunden ist, ist ebenfalls bereits auseinander gesetzt. Es wird sich deshalb empfehlen, daß bereits bei der Bestellung des ersten Treuhänders für den Fall des Wegfalls desselben ein oder mehrere Ersatztreuhänder bestellt werden.[2])

[1]) Daß sich § 16 Abs. 3 auch wirklich auf den gemäß § 1189 B. G. B. bestellten Vertreter bezieht, ergibt sich, wenn man den § 16 S. V. G. im Zusammenhange betrachtet. (Vgl. Abs. 1 des § 16.)

[2]) Vgl. hierzu Kretzschmar Anm. 4 zu § 1189.